المحاضرة الرابعة: إبرام العقد الالكتروني.

يبرم العقد وفقا للقواعد العامة بتحقق أركانه من رضا ومحل وسبب فضلا عن استيفائه لشروط الصحة من توفر الأهلية القانونية في طرفيه وكذا خلو إرادة كل منهم من العيوب التي تنقص أو تعدم هذه الإرادة، وكذلك الشأن بالنسبة لعقد التجارة الالكترونية الذي يخضع هو الآخر إلى هذه الأحكام حيث يجب أن يقوم ركن الرضا وكل ما يشمله هذا الركن من إيجاب وقبول وتطابق لكل بينهما (**الفرع الأول**)، لاسيما مسألة الأطراف في عقد التجارة الالكترونية التي تعبر عن خصوصية واضحة في هذا العقد لأن الأمر يرتبط بمورد ومستهلك الكترونيين فضلا عن وجوب مراعاة مسألة ما يعرف بالوسيط الالكتروني (**الفرع الثاني**)، وأخيرا لابد كذلك من محل وسبب في هذا العقد وان كانا يخضعان للعديد من الشروط الخاصة (**الفرع الثالث**)، والمشرع الجزائري راعى من خلال تنظيمية لأحكام عقد التجارة الالكترونية بالقانون رقم 18-05 كل هذه الجوانب.

الفرع الأول: الرضا في عقد التجارة الالكترونية.

نتطرق من خلال عنصر الرضا في عقد التجارة الالكترونية مباشرة إلى العناصر التي تتسم بالخصوصية بالمقارنة مع القواعد العامة، حيث يجب أن يتحقق عنصر الإيجاب الالكتروني مراعين في ذلك مختلف الصور التي يمكن أن يكون عليها في هذا العقد (**أولا**)، وعنصر القبول بنفس الشكل (**ثانيا**)، وأخيرا مسألة تطابق الإيجاب والقبول وكل ما يثيره العنصر من إشكالات قانونية مع موقف المشرع الجزائري من كل ما سبق (**ثالثا**)، وأخيرا صحة الرضا في عقد التجارة الالكترونية وفقا للقانون رقم 18-05 (**رابعا**).

أولا: الإيجاب في عقد التجارة الالكترونية.

نتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف الإيجاب الالكتروني ومختلف الصور التي يمكن أن يتخذها هذا الإيجاب بالإضافة إلى موقف المشرع الجزائري من ذلك.

1. تعريف الإيجاب الالكتروني.

الإيجاب هو التعبير الأول الصادر عن إرادة احد طرفي العقد وهو الموجب ويكون موجها لطرف آخر يدعوه لإبرام عقد ما، ويعتبر الأساس الذي يتم بناء العقد عليه من خلال تطابق إرادة طرفي العلاقة وبالتالي يجب أن يحتوي على كافة العناصر الأساسية الخاصة به[1].

[1] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 59.

والإيجاب في العقد الالكتروني بصفة عامة لا يخرج عن النطاق العام للقواعد العامة الذي نظمها المشرع الجزائري وان كان يتم بالخصوصية كونه يكون في شكل الكتروني، وتبعا لذلك يجب أن يستوفي هذا الإيجاب على الرغم من وسيلة إبرامه شروطا محددة، فيجب أن يكون تعبيرا عن الإرادة بشكل بات ونهائي وان يتضمن هذا التعبير طبيعة العقد المراد إبرامه بالإضافة إلى وجوب تضمنه على العناصر الجوهرية في العقد المراد إبرامه[2].

والقاعدة العامة بالنسبة للإيجاب انه غير ملزم ويكون من حق الموجب العدول عنه قبل اتصاله بعلم من وجه إليه، لكن هذه القاعدة ليست مطلقة فيلزم تبعا لذلك الموجب بالبقاء على إيجابه إذا حدد ميعادا لمن وجه إليه هذا الإيجاب، وهنا لا يكون من حق الموجب العدول عنه أو تغييره طيلة المدة المتفق عليها وهو ما يعرف بالإيجاب الملزم[3]، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بالمادة 63 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "إذا عين اجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"[4].

وقد عبرت المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع لعام 1980 بنصها: "يجوز الرجوع عن الإيجاب لحين انعقاد العقد إذا وصل الرجوع عن الإيجاب إلى المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله"[5]، لكن أضاف المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص من خلال مبادئه استثناءين بتوافرهما لا يمكن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل وصول القبول من المستفيد، الأول إذا أوضح الموجب في إيجابه أن يظل الإيجاب قائما حتى وصول الرد من الطرف الآخر وهو ما يعرف بالإيجاب المغلق ولا يعطي لصاحبه فرصة العدول عن الإيجاب، والثاني إذا كان هناك سبب معقول يجعل المستفيد يعتقد انه لن يسحب الإيجاب إلا بعد وصول القبول كما لو كان هناك معاملات سابقة بين الطرفين تؤكد حدوث ذلك أو أن تكون طبيعة الإيجاب تقتضي ذلك[6].

وبذلك يكون الإيجاب في التعاقد الالكتروني تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ووصف الإيجاب بالالكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أنه تم عبر شبكة اتصالات، فلفظ "إلكتروني" إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا يؤثر في معناه المذكور شيء وفقا للنظرية العامة

---

[2] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، العد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 103.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص. 104.

[4] المادة 63 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[5] نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص. 36.

[6] نضال إسماعيل برهم، المرجع نفسه، ص. 36.

للالتزامات فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة[7] لأن التعبير عن الإرادة بالإيجاب في العقد الإلكتروني يتجسد في تقنية الاتصالات الالكترونية[8].

2. صور الإيجاب الالكتروني.

التواصل بصفة عامة هو تعبير عن إرادة معينة والتعبير عن الإرادة سواء بالإيجاب او بالقبول ومهما كان مضمون الرسالة يعبر عنها بالنسبة للمعاملات الالكترونية بصفة عامة برسالة البيانات، والتي عرفتها المادة 2/أ من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 بأنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها، إرسالها أو تخزينها بوسائل الكترونية، ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، البريد الالكتروني، البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي"[9]، الأمر الذي يتضح معه بأن التعبير عن الإرادة في الشكل الالكتروني قد يتخذ العديد من الصور بهدف نقل الإيجاب من الموجب إلى الموجب له فقد يكون عبر البريد الالكتروني او عبر شبكة الموقع او عبر المحادثة.

أ. الإيجاب عبر البريد الالكتروني.

البريد الالكتروني عبارة عن نظام لتبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية وينظر إليه على أنه النظير الالكتروني للبريد العادي ويحقق هذا النوع من الإيجاب ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين، عندما يرغب التاجر أن يخص بمنتجاته بعض الأشخاص الذين يهتمون بمنتجاته دون غيرهم والمرسل إليهم يعلمون بالعرض عندما يفتحون صندوق بريدهم الالكتروني، حيث تبدأ فعالية الإيجاب ويكون للمرسل إليه الحرية في قبول العرض برسالة الكترونية، ويعتبر الإيجاب الموجه لشخص واحد إيجابا غير ملزم إلا إذا كان خلال مدة معينة يلتزم من خلاله الموجب بالبقاء على إيجابه طوال تلك المدة، وفي حالة الإيجاب غير الملزم يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني إذا قام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو انتقل إلى موقع آخر غير موقع الموجب[10].

أما الإيجاب الموجه لعدة أشخاص فإنه يكون عند الشك مجرد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد ولا يكون إيجابا استنادا إلى أن النشر أو الإعلان أو بيان الأسعار الجاري التعامل بها أو بطلبات موجة للجمهور فلا يعتبر عند الشك إيجابا، ولكن يكون دعوة إلى التعاقد وبذلك تسمح تقنية البريد الالكتروني بالعلم بالعروض التعاقدية وبالشروط الموضوعة ضمن الإيجاب، لكي يراعي خصوصية الإيجاب في العقد الالكتروني أهمها

---

[7] بوشنافة جمال، "خصوصية التراضي في العقود الالكترونية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد العاشر، جوان 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ص. 130.

[8] المادة 06 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[9] المادة 02/أ من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية، المرجع السابق.

[10] بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص. 132.

أن التعبير عن الإيجاب يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد وبوسيلة مسموعة مرئية تمكن من يصدر عنه الإيجاب أن يستخدم وسائل الإيضاح البياني أكثر ملائمة لأنواع معينة من البيوع[11].

ب. الإيجاب عبر شبكة المواقع.

بما أن شبكة الموقع تمكن من زيارة مختلف المواقع المتنوعة على الشبكة بهدف الحصول على معلومات خاصة يحتاجها المستخدم فإن ذلك يمكن المستهلك من خيارات عديدة بالاطلاع على صفحات متعددة الوسائط وبالتالي توسيع قدرته على البحث عن المنتوج و/أو السلعة التي يرغب فيها، وبتبعية توسيع مجال ممارسته لإرادته والتعبير عنها[12]، وبذلك يكون الإيجاب الموجه عبر شبكة الموقع موجها للجميع دون تحديد معين وهو ما يعرف بالإيجاب العام، وقد يصدر الإيجاب على صفحات الانترنت ولكنه يكون محددا لأشخاص محددين أو فئات معينة، يقصد صاحب الإيجاب من وراء هذا التحديد التعاقد معهم دون غيرهم من الفئات أو الأشخاص المستخدمين لهذه المواقع وهو ما يعرف بالإيجاب الخاص هذا من جهة، ومن جهة ثانية قد يتحدد الإيجاب ليس من حيث الأشخاص وإنما من حيث الكمية المتوفرة أو يكون معلقا على اجل يفترض أن يصدر قبوله أثنائه[13].

ت. الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة.

تمكن وسيلة الاتصال الحديثة من إمكانية مشاهدة المتعامل عبر شبكة الإنترنت المتصل معه عن طريق كاميرا تتصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف مرئي، ونكون في هذه الحالة أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد أي أمام مجلس عقد افتراضي يقترب جداً من المجلس الحقيقي وينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين، التي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة 64 من الأمر 75-58 السابق الذكر فيكون الإيجاب غير ملزم ما لم يصدر القبول فورا أما إذا عدل الموجب عن إيجابه، سقط الإيجاب، وإذا صدر قبول بعد ذلك فلا يعتد به ويعتبر إيجابا جديدا أما في حالة لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن الإيجاب لا يسقط لكنه يصبح غير ملزم وهو ما يطلق عليه بالإيجاب القائم وغير الملزم وبالتالي فإن صدور قبول قبل انفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد[14].

3. موقف المشرع الجزائري.

---

[11] بوشنافة جمال، المرجع نفسه، ص. 132.

[12] يمينة حوحو، عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص. 76.

[13] زياد طارق جاسم الراوي، "التراضي الالكتروني"، دراسة مقارنة، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد السادس، العدد الرابع، كلية القانون، جامعة الانبار، العراق، 2007، ص. 67.

[14] عقوني محمد، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص. 97.

المشرع الجزائري لم يعرف لا الإيجاب ولا الإيجاب الالكتروني سواء في القانون المدني أو بموجب قانون التجارة الالكترونية لكنه في المقابل نظم الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، على الرغم من انه لم يحدد ما إذا كان إيجابا أو قبولا فإنه يفهم بأنه يقصد من وراء هذه الأحكام التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول على حد سواء كل حسب استعماله، كما هو الشأن بالنسبة لطرق التعبير عن الإرادة التي تناولتها المادة 60 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أن يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[15].

يتبين من المادة أعلاه بأن المشرع استعمل عبارة التعبير عن الإرادة بصفة عامة والتي تشمل التعبير عن الإرادة بالإيجاب والتعبير عن الإرادة بالقبول، وهو ما يستنتج معه بأنه وفقا للقواعد العامة للعقود لم يحصر التعبير عن الإرادة بالإيجاب في شكل معين طالما كان هذا الإيجاب مستوفيا لشروطه القانونية وكان صالحا للارتباط بقبول.

لكن في المقابل نجد أن المشرع يشتط لممارسة التجارة الالكترونية أن ينشر المورد الالكتروني موقع الكتروني أو صفحة الكترونية على الانترنت مستضاف في الجزائر بامتداد com.dz، وهو ما يفهم معه بأن الإيجاب الذي يصدر عن المورد الالكتروني يتم التعبير عنه عبر الموقع الالكتروني أو الصفحة الالكترونية حصرا دون الصور الأخرى للإيجاب[16].

أما بالنسبة لموقف المشرع بالنسبة لاشتراط شكل معين يجب أن يصدر فيه الإيجاب فقد تناول أحكاما خاصة به بالنسبة لعقد التجارة الالكترونية وهو ما تؤكده الطبيعة القانونية الطبيعة القانونية للعرض التجاري الالكتروني، حيث تنص المادة 10 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر على انه: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية الكترونية مسبوقة بعرض تجاري الكتروني وان توثق بموجب عقد الكتروني يصادق عليه المستهلك الالكتروني"[17]، وأضافت المادة 11 من هذا القانون: "يجب أن يقدم المورد الالكتروني العرض التجاري الالكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية:

- رقم التعريف الجبائي والعناوين المادية والالكترونية ورقم هاتف المورد الالكتروني.
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.
- طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم.

---

[15] المادة 60 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[16] المادة 08 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[17] المادة 10 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

- حالة توفر السلعة أو الخدمة.
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم.
- الشروط العامة للبيع لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي.
- شروط الضمان التجاري وخدمات ما بعد البيع.
- طريقة حساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقا.
- كيفيات وإجراءات الدفع.
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.
- شروط وآجال العدول عند الاقتضاء.
- طريقة تأكيد الطلبية.
- موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.
- طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه.
- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الالكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها"[18].

يتبين من نص المادة أعلاه بأن شروط الإيجاب تتوفر في العرض التجاري الالكتروني، من حيث وجوب أن يكون باتا ومحددا ومتضمنا للعناصر الجوهرية في العقد وكذا طبيعة العقد المراد إبرامه، وما يؤكد هذه الطبيعة القانونية هو اعتبار هذا العرض التجاري الالكتروني المرحلة الأولى التي يجب أن تمر عبرها طلبية المنتوج أو الخدمة وجوبا، وهو ما عبر عنه المشرع بالمادة 1/12 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر بنصها: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: _ وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الالكتروني بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة..."[19].

أما مسألة التعبير الصريح أو الضمني للإيجاب فيتضح من خلال العرض التجاري الالكتروني باعتباره إيجابا الكترونيا الذي اشترط المشرع أن يقدم بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، وهو ما يدل على انه اشترط أن يتم التعبير بالشكل الصريح وبالضبط من خلال الكتابة وان كانت تتسم بالخصوصية نظرا إلى طريقة عرضها وفقا لما يتلاءم مع الموقع الالكتروني أو الصفحة الالكترونية.

---

[18] المادة 11 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[19] المادة 1/12 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

ثانيا: القبول في عقد التجارة الالكترونية.

نتطرق من خلال هذا العنصر إلى تعريف القبول الالكتروني والى الصور التي يمكن أن يتخذها هذا القبول فضلا عن موقف المشرع الجزائري من ذلك.

1. تعريف القبول الالكتروني.

القبول هو التعبير الباب عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الذي تقدم به الموجب، ونظرا لكونه التعبير الثاني عن الإرادة فإن الغالب أن يتم التعبير عنه بشكل متأخر عن الإيجاب وان كان قد يحدث أن يتم فورا، ويشترط في القبول استيفائه لشروط معينة حتى يكون صالحا لترتيب أثره في إبرام العقد، حيث يجب أن يأتي هذا القبول بتعبير بات ونهائي عن الإرادة وان يصدر والإيجاب لا يزال قائما لأن هذا الأخير يسقط مثلا بموت أو فقد أهلية من صدر عنه على شرط أن يتبين ذلك من طبيعة المعاملة أو من اتفاق الأطراف وان كانت هذه الحالة تعبر عن وضعية استثنائية[20]، وهو ما كرسته المادة 62 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره فإن ذلك يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"، وأيضا أن يأتي القبول مطابقا للإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يعدل في هذا الأخير لا بالزيادة ولا بالنقصان وإلا سقط هذا الأخيرة واعتبر القبول الصادر إيجابا جديدا يحتاج قبول ممن وجه إليه[21].

وتجب الإشارة إلى أن لمن وجه إليه الإيجاب الحرية في القبول به من عدمه، فالأصل أن لا يفرض هذا القبول ولكن قد تترتب المسؤولية في بعض الأحيان على الموجب له إذا ثبت انه رفض بدون مبرر وذلك في حالة إذ كان الإيجاب قد قدم إليه بناء على دعوة سابقة منه للموجب جعلته يتقدم بإيجابه[22]، ويكون التعويض هنا على أساس المسؤولية التقصيرية لأن العقد لم ينشأ بعد على شرط أن ينتج عن رفض القبول ضرر للموجب لأن مناط التعويض هو الضرر[23].

والقاعدة بالنسبة للعقود الالكترونية بصفة عامة أنها من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلا معينا للقبول، حيث يمكن ابتكار وسائل معينة للتعبير عن هذا القبول كاستخدام وثيقة أمر بالشراء يتعين على المستهلك أن يحررها على جهازه حتى تنتقل إلى موقع البائع وهو ما يؤكد ويجزم القبول، أو إرسال كلمة المرور إلى التاجر أو عن طريق

---

[20] نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص. 42.

[21] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 110.

[22] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص.109.

[23] تنص المادة 124 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

مباشرة إجراءات الدفع الالكتروني أو النقر بواسطة الفأرة، وبذلك قد يصدر القبول صريحا أو ضمنيا وان كانت هذه الحرية لا يحد منها إلا ما يتطلبه القانون في إثبات العقد[24].

هذا وقد اهتمت كذلك الاتفاقيات الدولية بإرادة القابل حيث نصت المادة 18 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 السابقة الذكر: "يعد قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة"[25]، أما القبول في مجال التجارة الالكترونية فقد تناولته المادة 11 من قانون الونسترال للتجارة الالكترونية بنصها: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"[26].

2. طرق التعبير عن القبول.

أ. القبول عبر الموقع الالكتروني (النقر على الأيقونة).

يتم القبول عبر الموقع الالكتروني عبر تقنية التحميل عن بعد أو ملأ الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تعبر عن القبول، وفي كل الحالات يتعين الضغط على الأيقونة مرتين وهو تقنية آلية مستخدمة في الكمبيوتر بشكل عام، لكن قد يثور الشك بشأن هذا القبول كونه يتم آليا من حيث وجود إرادة قائمة صريحة خالية من العيوب لاسيما بالنظر إلى الأخطاء التي قد يقع فيها المستخدم لهذا الموقع بصفة عامة والمستهلك الالكتروني بالنسبة لعقد التجارة الالكترونية بصفة خاصة فضلا عن العطب الذي يمكن أن يطال جهاز الكمبيوتر[27]، وان كان استخدام أجهزة الحاسب المربوطة بشبكة الانترنت المستعملة للتعبير عن القبول الالكتروني لا دور لها في إرادة القابل إلا أداة اتصال فقط ولا تؤثر على إرادة طرفي العقد، بالإضافة إلى انه يمكن تبديل عدة أجهزة يتم من خلال التعبير عن الإرادة وان هذه الأخيرة تنتج ممن صدرت عنه بذاته ولا يمكن قبولها من غيره لأنها خاصة به وتعبر عن شخصه[28].

وتفاديا للضغط الخطأ على الأيقونة للتعبير عن القبول نجد أن المواقع الالكترونية وفرت عددا من الإجراءات تسبق وصول القبول إلى الموجب للتأكد من صحة البيانات المرسلة وذلك بالضغط على عدة مرات على كل مرحلة ويدرج نص "الموافقة على الشروط أعلاه" للانتقال إلى المرحلة التي تليها وهي عادة مرحلة إدراج البيانات

---

[24] نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص. 45.

[25] المادة 18 من اتفاقية فيينا، المرجع السابق.

[26] يمينة حوحو، المرجع السابق، ص. 88.

[27] يمينة حوحة، المرجع نفسه، ص. 91.

[28] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 68.

الشخصية للقابل، والغاية من هذه الإجراءات هو حماية المتعاقدين وتأكيد المصداقية في التعامل، وتهدف إلى الإفصاح عن قبول حقيقي وواف للمستهلك الالكتروني لا يعتريه أي نقص أو غموض[29].

ب. القبول عن طريق البريد الالكتروني.

يكون التعبير عن الإرادة بالقبول من خلال البريد الالكتروني بإرسال رسالة للموجب يرد بها على الإيجاب بالقبول وإتمام التعاقد بحسب ما ورد في الإيجاب، وكذلك الشأن بالنسبة لإرسال القبو من خلال الموقع الالكتروني الذي تم من خلاله نشر الإيجاب للاطلاع عليه وإتمام التعاقد بحيث يكون الاتصال من خلال المراسلات التي تتم عن طريق البريد الالكتروني أو وسائل أخرى كالاتصال المرئي والمسموع أو من خلال السمع فقط[30].

ويخضع صدور القبول عبر الرسائل الالكترونية عبر البريد الالكتروني للقواعد المنظمة للقبول بواسطة الكتابة وهو ما يستنتج من موقع المشرع في حرية التعبير عن الإرادة مهما كانت الطريقة وفقا لأحكام المادة 60 من لأمر رقم 75-58 السابق الذكر كما سبقت الإشارة إليها، لاسيما في ظل اعتراف المشرع بالكتابة الالكترونية[31] وأعطاها حجية معينة في الإثبات طالما استوفت شروطا قانونية محددة وهو ما كرسته المادة 323مكرر من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"[32].

أي أن القبول عبر الرسائل الالكترونية لا يختلف من حيث المفهوم عن صدوره عبر الرسائل التقليدية وان كان يتسم بالطبيعة الالكترونية من حيث تبادل الرسائل عبر البريد الالكتروني، فيرسل تبعا لذلك المورد الالكتروني إيجابه إلى عنوان بريد الكتروني معين يشير إلى المستهلك الالكتروني بشروط التعاقد التي تتم مراجعتها من قبل هذا المستهلك والذي يرسل له إما قبوله أو رفضه للتعاقد عن طريق رسالة مقابلة عبر البريد الالكتروني، وان كانت هذه الطريقة لا تكون إلا بموافقة الأطراف على التعاقد عبر هذه الوسيلة أو كان التعاقد أصلا مشروطا عبر النقر على أيقونات معينة أي عبر الموقع الالكترونية مباشرة[33].

ت. السكوت والقبول الالكتروني.

---

[29] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 68.

[30] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع نفسه، ص. 68.

[31] عرف المشرع الكتابة بنص المادة 323مكرر من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق بنصها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، ومن خلال نص هذه المادة يتضح موقف المشرع بالنسبة لتوسيع نطاق الكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية.

[32] المادة 3232مكرر1 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[33] يمينة حوحو، المرجع السابق، ص. 101_103.

القاعدة العامة أن التعبير عن الإرادة يكون إما صريحا من خلال الكتابة أو اللفظ أو الموقف المباشر في الدلالة على المقصود أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو يكون ضمنيا متى اتخذ صاحبه مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة على مقصود صاحبه وكلاهما يعتبر موقف ايجابي في التعبير عن الإرادة، لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة لمسالة السكوت ومدى إمكان اعتباره طريقا للتعبير عن هذه الإرادة لأنه لا ينسب لساكت قول وإن كان السكوت في معرض الحاجة بيان، ولاسيما إذا تعلق الأمر بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه[34].

وبتطبيق ذلك على القبول في عقد التجارة الالكترونية نلاحظ بأن السكوت قد يعبر عن قبول المستهلك الالكتروني إذا اعتاد التعامل متجر افتراضي عن طريق البريد الالكتروني أو مواقع الويب، وإن كان هذا القول مردود عليه بسبب سهولة إرسال القبول وبالتالي لا يكفي فقط هذا السكوت والتعامل السابق بل يجب فضلا عن ذلك اقتران السكوت بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول التعاقد[35].

3. موقف المشرع الجزائري.

تناول المشرع حكما خاصا بمسألة السكوت كطريق للتعبير عن الإرادة يمكن استنتاجه من خلال نص المادة 68 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب"[36].

وبما أن التعبير عن الإرادة بالإيجاب هو التعبير الأول فإنه لا يمكن أن يتحقق عبر السكوت، لكن في المقابل فالأصل بالنسبة بالقبول انه لا يصلح كطريق للتعبير عن الإرادة ومع ذلك فإن المشرع من خلال نص المادة أعلاه قد أورد استثناء في ثلاث حالات، الأولى إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، الثانية إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين وثالثا إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، وفي كل الحالات يجب أن يتصل القبول بعلم من وجه إليه حتى يرتب أثره القانوني وهو انعقاد العقد وكذلك الشأن بالنسبة للسكوت كتعبير عن الإرادة بالقبول[37].

لكن بالرجوع إلى أحكام قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 السابق الذكر نجده حدد كيف يمكن للمستهلك الالكتروني أن يعبر عن إرادته بالقبول في الحصول على المنتوج من خلال إجراء "تأكيد الطلبية" كآخر مرحلة

---

[34] نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص. 44.

[35] نضال إسماعيل برهم، المرجع نفسه، ص. 45.

[36] المادة 68 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[37] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 111.

لطلب المنتوج أو الخدمة وهو ما عبرت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 12 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر بنصها: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية ..._تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد"[38]، ويتبين من نص هذه المادة أن المشرع اعتبر تأكيد الطلبية قبول بالشروط التعاقدية التي تضمنها العرض التجاري الالكتروني بكونه إيجابا ينتظر هذا القبول لإبرام عقد التجارة الالكتروني وفقا للقانون رقم 18-95 السابق الذكر.

وقد عرف المشرع الطلبية المسبقة بموجب المادة 8/06 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر بنصها: "الطلبية المسبقة هو تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الالكتروني على المستهلك الالكتروني في حالة عدم توفر المنتوج في المخزون"[39]، فإنه بمفهوم المخالفة نستنتج بأنه في حالة توفر هذا المنتوج في المخزون تكون عبارة عن طلبية مؤكدة وهو ما تنص عليه المادة 2/15 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر: "بمجرد توفر المنتوج تتحول الطلبية المسبقة بصفة ضمنية إلى طلبية مؤكدة"[40]، وان كان لنا مؤاخذة على صياغة المشرع بالنسبة لعبارة "بصفة ضمنية" فلأصح أن يستعمل عبارة "بصفة تلقائية" أي دون تدخل آخر من المستهلك الالكتروني.

وتبعا لذلك يكون توفر المنتوج في المخزون واقعة تتحول بها الطلبية المسبقة إلى طلبية مؤكدة أي من عقد وعد بالبيع إلى العقد الموعود به المتضمن السعلة و/أو الخدمة المراد الحصول عليها، وأن الفرق بين الطلبيتين أن الطلبية المؤكدة تكون واجبة الدفع في حين الطلبية المسبقة ليست بالضرورة واجبة الدفع ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، تحت طائلة استرجاع الثمن من المورد الالكتروني وهو ما عبرت عنه المادة 15/ 3,2 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر بنصها: "لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع إلا في حالة توفر المنتوج في المخزون...دون المساس بحق المستهلك الالكتروني في التعويض يجب على المورد الالكتروني إرجاع الثمن في حالة دفعه قبل توفر المنتوج في المخزون"[41].

وتفاديا لوقوع المستهلك الالكتروني في النقر الخطأ على بنود التعاقد وضع المشرع مرحلة سابقة على تأكيد الطلبية وهو ما عبر عنه "التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الالكتروني" معتبرا هذا الإجراء المرحلة الثانية لطلبية السلعة و/أو الخدمة وهو ما كرسته المادة 3/12 بنصها: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية..._التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الالكتروني لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو

---

[38] المادة 3/12 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[39] المادة 8/06 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

[40] المادة 2/15 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

[41] المادة 3/15 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

الخدمات المطلوبة والسعر الإجمالي والوحدوي والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة"[42].

كما أكد على أن الاختيار الذي يقوم به المستهلك الالكتروني معبرا عنه بصراحة وألزم على المورد الالكتروني أن لا يضمن الخانات المعدة للملأ بمعطيات تهدف إلى توجيه اختيار المستهلك الالكتروني تأكيدا من المشرع على وجوب احترام الإرادة الحرة والسليمة في التعاقد، وهو ما نصت عليه المادة 6,5/12 من القانون رقم 18-95 السابق الذكر: "يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الالكتروني معبرا عنه بصراحة، يجب أن لا تتضمن الخانات المعدة للملأ من قبل المستهلك الالكتروني أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره"[43].

ثالثا: تطابق الإيجاب والقبول في عقد التجارة الالكترونية.

نتطرق من خلال هذا العنصر إلى القواعد العامة التي تحكم تطابق الإيجاب والقبول ثم إلى خصوصية هذا التطابق في عقد التجارة الالكترونية.

1. القواعد العامة التي تحكم تطابق الإيجاب والقبول.

لا ينعقد العقد إلا إذا اقترن الإيجاب بالقبول ويكون مطابقا له في جميع المسائل التي تضمنها، وإما أن يحصل ذلك في مجلس واحد وهو ما يعرف بالتعاقد بين حاضرين، وإما أن يتم بطريق المراسلة وهو ما يعرف بالتعاقد بين غائبين.

أ. التعاقد بين حاضرين (مجلس العقد).

يقصد بمجلس العقد المكان الذي يضم المتعاقدين ولا يقصد به مفهومه المادي للمكان بل العبرة في تحديده هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدين منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك مواضيع أخرى ليست ذات صلة بالعقد، فإنا انصرف أي منهما إلى موضوع آخر اعتبر مجلس العقد قد انفض وإذا لم يصدر الإيجاب عندئذ كتعبير عن سقوطه[44].

وفي هذا الصدد تنص المادة 64 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد اجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر

---

[42] المادة 3/12 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

[43] المادة 6,5/12 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

[44] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام(مصادر الالتزام)، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، نهضة مصر، مصر، 2011، ص. 214.

الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل، غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد"[45].

يتبين من نص هذه المادة بأن المشرع جعل قاعدة عامة بالنسبة لتطابق الإيجاب والقبول وبالتالي إبرام العقد وهي أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب لكن فقط إذا تعلق الأمر بإيجاب غير محدد المدة لأن ما يترتب عن عدم صدور القبول فورا هو تحلل الموجب من إيجابه وبالتالي سقوطه وعدم صلاحيته لترتيب أثره القانوني، وساوى المشرع بين التعاقد بين حاضرين وبين التعاقد بطريق الهاتف أو نحوه على أساس الزمان المشترك وأهمل الأماكن المختلفة التي يمكن أن يكون فيها كل من الموجب والموجب له لحظة التعبير عن الإرادة واعتبر أن العبرة في التعاقد بين حاضرين تكون في الزمان المشترك، وتبعا لذلك يكون التعاقد عن طريق الهاتف أو نحوه تعاقد بين حاضرين حكما لأنه اخذ حكم التعاقد بين حاضرين حقيقة، لكن في المقابل أورد المشرع استثناء على القاعدة العامة في وجوب صدور القبول فورا هي إمكانية التراخي في صدور هذا الأخير على شرط أن لا يوجد ما يدل على أن الموجب عدل عن إيجابه في الفترة ما بين صدور الإيجاب والتعبير عن القبول وتم التعبير عن هذا الأخير قبل أن ينفض مجلس العقد.

هذا وتجب الإشارة إلى انه متى صدر الإيجاب وفقا لما سبق الإشارة إليه ولم ينقض الميعاد الذي يفترض أن يصدر فيه رد الموجب له فإنه لا تحتيم في صدور القبول، فالموجب له الحق في أن يختار قبول الإيجاب كما هو ويبرم العقد أو أن يرفض الإيجاب ولا ينعقد العقد، وان كانت هناك بعض الحالات التي تلزم الموجب له على قبول الإيجاب وهو ما يتحقق إذا كان الموجب قد اصدر إيجابه بناء على دعوة من الموجب له لإبرام عقد معين أي بعد مفاوضات سابقة بدأت من طرف هذا الأخير، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لأصحاب الفنادق والمطاعم في مواجهة النزلاء والزبائن وإلا اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق للإضرار بالغير[46]، والذي يعتبر خطأ في نظر المشرع الجزائري يستوجب التعويض إذا سبب الضرر للغير وفقا للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية[47]، وقد نصت المادة 124مكرر من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر على الحالات التي يعتبر فيها التعسف في استعمال الحق خطأ: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية: إذا وقع

---

[45] المادة 64 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[46] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 216.

[47] المادة 124 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة مشروعة"[48].

ب. التعاقد بين غائبين (بالمراسلة).

التعاقد بين غائبين هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد خلافا للتعاقد بين حاضرين متى تم ذلك بالمراسلة مثلا أو بأية طريقة مشابهة كالتعاقد بطريق البريد وغيرها، والعلة في التمييز بين التعاقد بين حاضرين وبين غائبين هو الفترة الزمنية التي تفصل بين صدور التعبير عن الإرادة وبين العلم به، لأن التعاقد بين حاضرين تنعدم فيه هذه الفترة في حين أن التعاقد بين غائبين تفصل مدة زمنية بين صدور الإيجاب والعلم به وصدور القبول إذا تم والعلم به أي أن العبرة ليست باتحاد المجلس أو اختلافه وإنما بالفترة الزمنية التي تفصل التعبير عن الإرادة[49].

وما دام أن التعبير عن الإرادة والعلم به يختلفان بالنسبة للتعاقد عن بعد لأن ذلك يؤثر بشكل مباشر على مكان وزمان ترتيب الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة سواء بالإيجاب او بالقبول وبالتالي تحديد زمان ومكان إبرام العقد نظرا لما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وفي هذا الصدد ظهرت العديد من النظريات في وضع حل لهذه الإشكالية فهناك من يرى بأن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول من طرف القابل وهناك من يرى بأنه ينعقد من تاريخ استلام القبول من طرف الموجب في حين هناك من يرى بأنه ينعقد من تاريخ العلم بالقبول، وتجب الإشارة إلى أن زمان إبرام العقد هو العامل الذي يحدد مكان إبرامه كأصل في التعاقد بين الغائبين، في حين لا يكون كذلك بالنسبة للتعاقد بين حاضرين حكما كما هو الشأن في التعاقد عن طريق الهاتف حيث يجتمع الأطراف الزمان لكن لكل منهم تواجد مختلف[50].

وفي هذا الصدد تنص المادة 67 من ق م: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول"[51].

يتبين من نص المادة أعلاه بأن المشرع يقر بأن التعاقد بين غائبين هو ذلك التعاقد الذي يكون بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد لا حقيقة ولا حكما، كذلك فالمشرع يأخذ بنظرية العلم بالتعبير عن الإرادة في ترتيب الأثر، أي يرتب الإيجاب أثره القانوني بعلم الموجب إليه به ويترتب الأثر القانوني للقبول بعلم الموجب به وبالتالي انعقاد العقد، ومع ذلك تعتبر هذه القاعدة مكملة لإرادة الأطراف في حالة لم يتم الاتفاق على هذه المسألة بين

---

[48] المادة 124مكرر من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[49] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 237.

[50] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 237.

[51] المادة 67 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

المتعاقدين أين تلغى هذه القاعدة وتحل محلها ما تم الاتفاق عليه وكذلك الشأن إذا نص القانون على قاعدة مخالفة.

هذا وقد وضع المشرع قرينة على زمان علم الموجب بالقبول بحيث يتحدد تاريخ مكان إبرام العقد بمكان وزمان وصول التعبير عن الإرادة بالقبول، وان كانت هذه قاعدة تشمل ليس فقط العلم بالقبول من قبل الموجب بل تصح أيضا بالنسبة للعلم بالإيجاب من قبل الموجب له لأن الإيجاب أيضا هو تعبير عن الإرادة ويجب أن يتصل بعلم من وجه له حتى يرتب أثره القانوني.

وتتجلى أهمية تحديد مكان وزمان العقد في العديد من النواحي فبالنسبة لزمان إبرام العقد تتمثل هذه الأهمية في تحديد الوقت الذي تبدأ فيه الآثار القانونية في السريان في مواجهة المتعاقدين، وكذلك مراعاة مسألة صدور قوانين جيدة تتضمن أحكام مختلفة فضلا عن حق الأطراف في العدول عن التعبير عن الإرادة قبل تمام العقد، أما بالنسبة لمكان إبرام العقد فتتمثل الأهمية في تحديد المحكمة المختصة في نظر النزاعات بشأن هذا العقد بالإضافة إلى وجوب مراعاة مسألة تنازع القوانين متى تعلق الأمر بعلاقة تعاقدية ذات عنصر أجنبي[52].

ت. مدى توافق الإرادتين على المسائل الجوهرية في العقد.

يتعلق الأمر بالمسائل التي يقع عليها توافق الإرادتين والذي يتم بدء بالإيجاب ثم القبول فتطابق الإيجاب والقبول وبالتالي يجب تحديد هذه المسائل، والقاعدة في هذا الشأن أن يراد توفق الإرادتين على طبيعة العقد وعلى جميع المسائل الجوهرية التي تثار بصدده كالسلعة والثمن محل العقد، أما المسائل الأخرى للعقد من ملحقات أو توابع أو فوائد ومكان وزمان التسليم مثلا فلا تلزم لقيام العقد أن يرد عليها الاتفاق مباشرة على شرط أن لا يثور بشأنها خلاف من شأنه التأثر في انعقاد العقد[53].

لكن ذلك لا يعني أن القبول يأتي جزئيا بل يجب أن يكون مطابقا تمام المطابقة للإيجاب أي إذا تضمن هذا الأخير عناصر أساسية وأخرى ثانوية فيجب أن ينصب القبول على كلاها دون تمييز بين أهميتها وإلا يعد رفضا لهذا الإيجاب، أما إذا اشتمل الإيجاب على العناصر الأساسية فقط فهنا ينصب القبول على هذه العناصر فقط ولا يؤثر عدم الاتفاق على العناصر الأخرى الثانوية في إبرام العقد من الناحية القانونية، لكن إذا ثار نزاع حول المسائل غير المتفق عليها في وقت لاحق على إبرام العقد فالعقد يكون مبرما وصحيحا قانونا إلا انه يخضع في بيان

[52] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 119,118.

[53] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 120.

ما تبقى من أحكام هذا العقد إلى الأحكام العامة لتحديد نطاق العقد بعد تفسيره بوقوف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين بشأن هذه المسائل[54].

وفي هذا الشأن كان للمشرع الجزائري موقف واضح من مسألة الاتفاق على العناصر الجوهرية في العقد من وهو ما توضحه المادة 65 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا اثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة"[55].

يتبين من نص هذه المادة أن المشرع وسع مجال الإرادة وفتح المجال لاتفاق الأطراف على المسائل الجوهرية وكذا التفصيلية في إبرام العقد بصفة عامة، وبالتالي يمكن أن لا يؤثر عدم اتفاق الأطراف على المسائل التفصيلية على إبرام العقد متى قرر الأطراف ذلك قبل التعاقد، وإذا قام خلاف بشأنها في المستقبل فإن حلها يرجع إلى القضاء بالاستهداء في ذلك بطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة.

وهو ما أكد عليه المشرع بشأن تحديد نطاق العقد وفقا لأحكام المادة 2/107 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "لا يقتصر العقد على إبرام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[56].

يتبين من نص المادة أعلاه بأن نطاق العقد لا يتحدد فقط بما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين بل يسترشد القاضي في حالة النزاع في تحديد مستلزمات هذا العقد بعوامل أخرى كما هو الشأن بالنسبة لطبيعة الالتزام والقانون في أحكام التكميلية والمفسرة وكذلك العرف لاسيما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وكذا قواعد العدالة، مع العلم أن القاضي لا يلجأ إلى تكملة إرادة المتعاقدين إلا إذا في حالة عدم تنظيمهم لمسألة من المسائل المختلف بشأنها بينهم[57].

2. خصوصية تطابق الإرادتين في عقد التجارة الالكترونية.

أ. خصوصية تطابق الإرادتين من حيث القانون الواجب التطبيق.

---

[54] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 65.

[55] المادة 65 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[56] المادة 2/107 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق

[57] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 293.

تتشابه الرسائل الالكترونية التي تجري عن طريق الانترنت مع الهاتف في أنها تحدث بشكل لحظي على اعتبار أن كلا منها نظام تفاعلي ولكن يختلفان من حيث انه قد تفصل بين إرسال الرسائل الالكترونية واستلامها فاصل، بمعنى أن المراسلات الالكترونية لا تنتقل مباشرة من المرسل إلى المرسل إليه وإنما يتدخل وسيط بينهما يتمثل في مورد الخدمة سواء للمرسل أو للمستهلك، وهنا نستنتج بأن للمراسلات الالكترونية طبيعة خاصة تميزها عن كل المكالمات الهاتفية والمراسلات البريدية[58].

بالنسبة للتعاقدات التي تجري عن طريق الانترنت فيجب التمييز بين تلك التي تتم عبر البريد الالكتروني وتلك التي تتم عن طريق شبكة الويب، بالنسبة للأولى فيختلف الأمر بحسب النظرية التي يتم تبنيها من بين النظريات التي جاء بها الفقه وتبناها التشريع في تاريخ ترتيب التعبير عن الإرادة أثره القانوني، أما بالنسبة للطريقة الثانية وهي التعاقد عبر الويب فيكون عادة التواصل تفاعليا مباشرا بين طرفي العقد فهنا يرتب التعبير عن الإرادة أثره القانوني من لحظة النقر على أيقونة القبول بالنسبة للقابل أو طباعة عبارات تفيد هذا القبول[59].

أما بالنسبة لمكان إبرام العقد الالكتروني فيرتبط بطبيعة الوسيط الالكتروني من جهة، وبالصفة الدولية من جهة ثانية وبتبعية ارتباط ذلك بالقانون الواجب التطبيق وكذا المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة[60]، وقد تضمن قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية هذه المسألة بنص المادة 4/15 منه: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وتعتبر أنها استعلمت في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة: ــإذا كان للمنشئ أو للمرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعينة أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة،ــ إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد"[61].

ب. موقف المشرع الجزائري.

بالنسبة لخصوصية عقد التجارة الالكترونية وفقا للتشريع الجزائري فيمكن تبينه انطلاقا من العديد من النقاط القانونية بدء بالتعريف الذي جاء به القانون رقم 18-05 السابق الذكر للعقد الالكتروني بالمادة 06 منه بنصها: "يقصد في مفهوم هذا القانون...العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى

---

[58] نضال إسماعيل برهم، المرجع نفسه، ص. 61.

[59] نضال إسماعيل برهم، المرجع نفسه، ص. 63.

[60] محمد سعيد احمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 232.

[61] المادة 4/15 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، المرجع السابق.

عام 1425 الموافق ل23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني"[62].

يتبين من نص هذه المادة بأن المشرع اعتبر العقد الالكتروني عقد إذعان وفقا لتعريف العقد في ظل القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[63]، وانه عقد يتم إبرامه عن بعد وجوبا دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني، وتبعا لذلك يكون عقد التجارة الالكترونية وفقا للقانون 18-05 السابق الذكر تعاقدا بين غائبين ولا يمكن أن يبرم هذا العقد بين حاضرين لا حقيقة ولا حكما، وعبارة "دون الحضور الفعلي والمتزامن" تأكيد من المشرع على اعتبار عقد التجارة الالكترونية عقد يبرم بين غائبين أي انه يخضع إلى أحكام هذا التعاقد، وبالتالي تطبق القواعد العامة المتعلقة بالتعاقد بين غائبين المكرسة في أحكام القانون المدني في هذا الشأن فيما لم يوجد بشأنه نص خاص في مسألة تطابق الإيجاب والقبول في عقد التجارة الالكترونية.

وفي كل الحالات يجب أن يتم الإيجاب والقبول بشأن عناصر أساسية يجب أن يتضمنها عقد التجارة الالكترونية تناولتها المادة 13 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر بنصها: "يتضمن العقد الالكتروني على الخصوص على المعلومات التالية: الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات، شروط وكيفيات التسليم، شرط الضمان وخدمات ما بعد البيع، شروط فسخ العقد الالكتروني، شروط وكيفيات الدفع، شروط وكيفيات إعادة المنتوج، كيفيات معالجة الشكاوى، شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء، الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء، الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا لأحكام المادة 02 أعلاه، مدة العقد حسب الحالة"[64].

كذلك يتضح موقف المشرع الجزائري بالنسبة لخصوصية عقد التجارة الالكترونية من حيث القانون الواجب التطبيق انطلاقا من نص المادة 02 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر كما سبق الإشارة إليه، بكون هذه المادة تتضمن قاعدة خاصة بعلاقة تعاقدية ذات عنصر أجنبي على الأقل من خلال العديد من ضوابط الإسناد[65]، لكن بمقارنة أحكام هذه المادة بكونها قاعدة خاصة مع القواعد العامة لتنازع القوانين المقررة بالأمر رقم 75-58 السابق الذكر بشأن الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي نصل إلى العديد من النتائج[66].

---

[62] المادة 06 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[63] القانون رقم 04-02، المرجع السابق.

[64] المادة 13 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[65] المادة 02 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

[66] المواد 19,18 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

لا بد أن يكون القانون المختار بين المتعاقدين كقانون الإرادة وفقا لنص المادة 18 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر هو القانون الجزائري متى تعلق الأمر بمعاملات تجارية الكترونية متى توفرت إحدى الفرضيات التي توجب تطبيق القانون الجزائري وفقا لنص المادة 02 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر وهي تمتع احد أطراف المعاملة بالجنسية الجزائرية أو الإقامة الشرعية في الجزائر بالنسبة للشخص الطبيعي أما بالنسبة للشخص المعنوي فيجب أن يكون خاضعا للقانون الجزائري وإلا يكون المعيار هو محل إبرام العقد أو تنفيذه في الجزائر، وخارج هذه الحالات يكون الاختصاص وفقا للمادة 18 أعلا.

رابعا: صحة الرضا في عقد التجارة الالكترونية.

نتطرق من خلال هذا العنصر إلى أهلية إبرام عقد التجارة الالكترونية ثم إلى مسألة خلو الإرادة من العيوب.

1. أهلية إبرام عقد التجارة الالكترونية.

الأهلية في معاملات التجارة الالكترونية لا تتطلب شروطا خاصة عن القواعد العامة المنظمة لها فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد القانون منها بنص صريح، ولأن التمييز مناط الأهلية فإن ناقص التمييز يعني ناقص الأهلية ومعدوم التمييز هو معدوم الأهلية، لكن الصعوبة بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية تكمن في كونها تتم عن بعد ودون الحضور الفعلي لأطرافها الأمر الذي يجعل من الصعب أن لم يكن من المستحيل في بعض الأحيان التأكد من الهوية الحقيقية للمتعاقدين ومن الأهلية الواجبة لإبرام تصرفات الكترونية معينة وما يترتب عن ذلك من تعريف العقد للإبطال[67].

والأصل أن يكون التعامل عبر الشبكة قائما على مبدأ حسن النية من طرفيه وهو المبدأ السائد في تنفيذ العقود بصفة عامة، فإن المورد الالكتروني بصفة عامة يلتزم تبعا لذلك بالإفصاح عن جميع بيانات المنتوج تحت طائلة المسؤولية العقدية، وهنا يجب عليه التأكد من هوية وأهلية المتعاقد الآخر من خلال طلب الإفصاح عن هوية العملاء وهو ما يتم عادة عن طريق ملأ صفحات نموذجية معدة خصيصا للتعرف على العملاء في حدود ما يقتضيه العقد تتضمن هذه الصفحات معلومات عن العملاء تتعلق بالسن أو تاريخ الميلاد والاسم واللقب والصفة، ومع ذلك فالأمر غير محمي من التحايل من قبل القصر خاصة الذين يعمدون إلى إخفاء نقص الأهلية للحصول على المنتوج دون مراعاة لعواقب ذلك[68].

وبهدف التصدي لهذا الأمر أوجبت القواعد العامة ربط حق القاصر في الدفع بعدم الأهلية للتخلص من التزامات العقد المبرم بالالتزام بالتعويض إذا تم اللجوء إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص الأهلية بهدف إبرام العقد، كل ذلك

---

[67] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص. 95,94.

[68] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع نفسه، ص. 96.

مع مراعاة مسألة ترشيد القاصر للقيام ببعض التصرفات عند وجود المبرر القانوني ومراعاة الشروط والإجراءات المقررة في ذلك[69].

هذا وتجب الإشارة إلى مسألة إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية عن أعمال الغير لاسيما مسؤولية متولي الرقابة واهم تطبيقاتها مسؤولية الأولياء على أعمال القصر، حيث أن دخول هؤلاء على شبكة الانترنت بحرية مطلقة يقيم على الأهل مسؤولية الرقابة وتحمل كل التبعات لاسيما إذا تمت التصرفات مع أشخاص بحسن نية[70].

لكن إذا نظرها إلى مسألة التعرف على أهلية الطرف الآخر من زاوية أخرى تتعلق بمستوى العلاقة التعاقدية الالكترونية والتي يمكن تصنيفها إلى عدة مستويات، بين شخص طبيعي أو اعتباري مع مثله، بين شخص طبيعي أو اعتباري مع موقع والعكس صحيح وأخيرا بين موقعين، بالنسبة للمستوى الأول فإن العلاقة بين الطرفين تؤول إلى علاقة ذاتية ويتم تحديد الهوية تحديدا رافعا للريبة بصفة مباشرة مع وجود ما يثبت صلاحية المتعاقد للتحدث عن الغير وإبرام العقود باسمه متى تعلق الأمر بشخص اعتباري، أما العلاقة في المستوى الثاني فيتم التحقق من أهلية الموقع من خلال شهادة التصديق الصادرة لصالح الموقع حيث تظهر تلك الشهادة اسم الجهة التي منحت ذلك الموقع الاعتراف وكذا من خلال الاستفسار لدى سلطات التوثيق الحكومية وهو الشأن بالنسبة لسلطة منح اسم النطاق فضلا عن مصلحة السجل التجاري بالنسبة للمشرع الجزائري[71].

أما المستوى الثالث فيتم دفع قيمة السلعة مقدما لصالح البائع وبالتالي لا يحتاج المسئولون في الموقع لمعرفة المشتري أو أي شيء يتصل بأهليته لأنها قام بالدفع وفقا لوسائل الدفع المتاحة قانونا لهذا الغرض والتي يجب لإتاحة التعامل بها وجوب استيفاء مجموعة من الشروط من بينها تأكد الجهة المانحة لها من أهلية المتعاملين عبرها[72].

2. خلو الإرادة من العيوب في عقد التجارة الالكترونية.

تتمثل عيوب الإرادة وفقا للأمر رقم 75-58 السابق الذكر في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، لكن هل يمكن أن تكون هي نفسها بالنسبة للمعاملات التجارة الالكترونية بحيث يمكن توفير الحماية القانونية للطرف الذي وقع فيها لاسيما في ظل التطور التكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات والمعلومات وما يترتب عنها من

---

[69] تنص المادة 84 من القانون رقم 84-11، المرجع سابق: "للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة في ذلك وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

[70] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 97.

[71] عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، أحكام التجارة الالكترونية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القلم، لبنان، 2009، ص. 124.

[72] عدنان بن جمعان بن محمد الزهراني، المرجع نفسه، ص. 124.

عدم تساوى معرفي للأطراف بالنسبة للسلع والخدمات المعروضة وبالتالي الانتقال إلى مرحلة حماية الطرف الأقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية[73].

أ. عيب الغلط.

الغلط هو الحالة التي تقوم في النفس تحمل على توهم غير الواقع، والغلط المقصود في هذا الشأن هو الغلط الذي لا يعدم الإرادة لكنه في المقابل يجب أن يكون غلطا جوهريا حتى يعيب الإرادة[74]، حيث تناول المشرع الغلط كعيب في الإرادة وأوجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط حتى يمكن التمسك به جاءت بها المادتين 81 و82 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصيها على التوالي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"[75]، وتنص المادة 82: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية"[76].

أما بالنسبة لعيب الغلط في عقود التجارة الالكترونية فإنه كثيرا ما يقع المتعاقد عبر شبكة الانترنت بسبب إجراءات التعامل المعلوماتي أو الشبكي في غلط بسبب البعد المكاني بين الأطراف ومثالها كأن يرتكب المستخدم خطأ بشأن الخانة التي يضغط عليها محل النقر والتي يكون من شأن تتبع الاجراءات التالية لذلك أن يجعله طرفا في عقد دون اتجاه إرادته لذلك، وتبعا لذلك يكون من حق المستهلك الالكتروني في عقد التجارة الالكتروني أن يطالب بإبطال العقد إذا اثبت وقوعه في غلط جوهري مع مراعاة حقه في التعويض إذا حدث له أي ضرر[77].

ب. عيب التدليس.

التدليس هو إيهام شخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استعمال طرق احتيالية بقصد دفعه إلى التعاقد، ويكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة[78].

وقد تناول المشرع الجزائري التدليس كعيب في الإرادة من خلال نص المادة 86 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين أو النائب عنه من

---

[73] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 98.

[74] عبد الرزاق احمد السنهوري، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 292.

[75] المادة 81 من الأمر رقم 75-85، المرجع السابق.

[76] المادة 82 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[77] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 100.

[78] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص. 179.

الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد أو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"[79]، وكذا المادة 87 من هذا الأمر بنصها: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس"[80].

يتبين من نصي المادتين أعلاه بأن قيام التدليس يقتضي أن يكون هذا التدليس جوهريا وان يتصل بالمتعاقد الآخر، والتدليس يتكون من عنصرين الأول هو النشاط التدليسي المتمثل في الطرق الاحتيالية والثاني هو اتجاه إرادة الشخص الذي استعمل هذه الطرق الاحتيالية إلى تغليط الطرف الآخر للوصول إلى جعله يتعاقد.

حيث تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء الفرنسيين لتشمل الكذب والكتمان والأصل أن الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس على شرط أن يظل ذلك في إطار المألوف من التعاملات في أعراف التجار وبالتالي إذا خرج هذا الكذب عما هو مألوف كما لو اتصل بمعلومات أساسية في التعاقد لاسيما إذا استفسر عنها المستهلك وتم إخفاؤها عنه قصدا فهنا نكون بصدد تدليس معيب للإرادة[81]، كما هو الشأن مثلا في حالة إخفاء بلد منشأ البضاعة أو الخدمة نظرا لأهميته القصوى لاسيما في تحصيل الحقوق والرسوم الجمركية هذا بالنسبة لكونها مورد لخزينة الدولة وكذلك بسبب أهمية هذه المعلومات بجودة المنتوجات بالنسبة للمستهلك نظرا لما يرتبط بهذه المعلومة من آثار قانونية تتعلق بما يعرف بالمنشأ التفضيلي كما هو الشأن مثلا بالنسبة لدول الاتحاد الأوروبي التي لها منشأ تفضيلي مع الجزائر[82].

وتبعا لذلك فإن الكذب في الإعلانات والدعاية الالكترونية للمنتجات أو الخدمات يدخل في مجال التدليس طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثرا في إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد، وكذلك الشأن بالنسبة لتقديم الخدمات أين يتم منح جزء من المعلومات وإخفاء الجزء الآخر، ويتم التدليس والغش عبر العديد من الوسائل أهمها استعمال العلامات التجارية لشخص آخر وتعمد نشر بيانات معلومات غير صحيحة على الموقع عن السلع والخدمات أو استخدام اسم نطاق غير مملوك للمورد الالكتروني أو حتى إنشاء موقع الكتروني وهمي لا وجود له وهو ما يعطي الحق لمن وقع ضحية له للمطالبة بإبطال العقد[83].

---

[79] المادة 86 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[80] المادة 87 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[81] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص. 180.

[82] يعتبر قانون الجمارك التصريح المزور من حيث منشأ البضاعة جنحا من الدرجة الأولى يعاقب عليها قانونا، وهو ما كرسته المادة 325 من القانون رقم 79-07 المؤرخ في 21 جويلية سنة 1979، المتضمن قانون الجمارك، (ج ر عدد 30 المؤرخةفي 24 جويلية سنة 1979)، المعدل والمتمم.

[83] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص. 182.

ت. عيب الإكراه.

الإكراه هو تهديد غير مشروع بإيقاع الأذى بالمتعاقد أو بغيره يولد رهبة في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد، أي انه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد ولا يعتد بالإكراه بحد ذاته لوحده وإنما الرهبة التي يولدها وبالتالي فهو ينصب على عنصرين، الأول مادي يتمثل في وسيلة الإكراه والثاني معنوي وهو الرهبة والخوف وهي ما يؤدي إلى التعاقد[84].

كذلك اعتبر المشرع الإكراه عيب في الإرادة وعبر عنه من خلال المادة 88 من الأمر رقم 75-58 السابق الكر بنصها: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو احد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه[85]، وكذا المادة 89 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه"[86].

يتبين من نصي المادتين أعلاه بأن المشرع كذلك اعتبر أن الإكراه يقوم على عنصرين مادي ومعنوي، ونص على الشروط التي يجب أن تتوفر في الإكراه لاعتباره عيبا في الإرادة تتمثل في أن يكون الإكراه جوهريا ويكون ذلك متى كان هو الدافع الباعث إلى التعاقد والعبرة بالرهبة وقت انعقاد العقد، وان يتصل هذا الإكراه بالمتعاقد الآخر كما يلاحظ بأن المشرع ضيق من نطاق الغير في الأقارب بغض النظر عن نوع القرابة[87]، ولمن اثبت هذه الشروط أن يطالب بحقه في إبطال العقد فضلا عن التعويض إذا أصابه ضرر لأن الإكراه فعل غير مشروع[88].

وفيم يتعلق بتطبيقات الإكراه في عقود التجارة الالكترونية من الضروري الإشارة أولا أن الإكراه لا يؤدي دائما إلى إفساد الإرادة فقد يعدمها في بعض الحالات وهنا لا حديث عن العقد أصلا لأنه لم يقم من الناحية القانونية والذي يتصور حدوثه في الغالب في حالة التعاقد عبر النماذج الالكترونية التي تتضمن خانات توحي أما بعبارة القبول أو الرفض حيث يكره الشخص على الضغط على عبارة الموافقة ماديا، ولتفادي ذلك يستحسن أن لا

---

[84] بسمان نواف الراشدى، المرجع السابق، ص. 117.

[85] المادة 88 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[86] المادة 89 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[87] عبر المشرع الجزائري عن الأقارب عند تحدده للأسرة حيث تنص المادة 32 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر ذوى القربى كل من يجمعهم أصل واحد".

[88] محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 196.

يعتبر العقد مبرما بمجرد هذا الضغط على الخانات بل يجب أن يستتبع الأمر بإجراءات أخرى كإدخال رقم سري أو استخدام المفتاح الخاص الموثق من قبل طرف ثالث هي سلطات التصديق[89].

لكن بالنسبة للإكراه الذي يعتبر عيبا في الإرادة فالحقيقة انه مستبعد بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية على لأن هذا النوع من العقود يتم بين غائبين لا يجمع بينهما لا مكان ولا زمان، لكن قد يمكن تصوره في حالات قليلة جدا تجد مبراتها في التبعية الاقتصادية كما لو تعلق الأمر بتوريد المنتج واحتكار إنتاجه ثم بيعه بشروط يضطر معها المستهلك من قبولها لأنه لا يوجد بديل آخر لحصول على المنتوج[90].

ث. عيب الاستغلال.

الاستغلال هو انتهاز حالة ضعف لدى الشخص وجعله يبرم عقدا به غبن فاحش ما كان ليقبله لولا هذا الضعف واستغلاله من قبل المتعاقد الآخر، وللاستغلال عنصرين مادي وهو الغبن الفاحش أي عدم التعادل الجسيم بين مقدار ما يعطيه طرف وما يأخذه من الطرف الآخر وفقا لمعيار معين، وكثيرا ما يكون الاستغلال في عقود المعاوضات ومع ذلك قد يقع في العقود الاحتمالية أيضا كعقد التأمين مثلا، وكذلك قد يقع في عقد التبرعات لاسيما تلك الصادرة بإرادة واحدة كالوصية مثلا، والعنصر الثاني هو استغلال ضعف النفس وهو الجانب المعنوي للاستغلال[91]، وبذلك يكون الغبن هو العنصر المادي للاستغلال[92].

وعبر المشرع عن عيب الاستغلال بالمادة 90 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بنصها: "إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"[93]، وكذا المادة 90 من هذا الأمر بنصها: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"[94].

---

[89] بسمان نواف الرشدى، المرجع السابق، ص. 121.

[90] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 190.

[91] بسمان نواف الرشدى، المرجع السابق، ص. 137,136.

[92] عبد الرزاق احمد السنهوري، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 355.

[93] المادة 89 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[94] المادة 90 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

يتبين من المادتين أعلاه بأن شروط الاستغلال لاعتباره عيبا في الإرادة هي التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه والثاني أن يكون هذا التفاوت نتيجة لاستغلال طيب بين أو هوى جامح في الطرف المغبون، وعلى من يدعي ذلك يقع عبء الإثبات ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات وتقدير عنصر الاستغلال سلطة تقديرية لقاضي الموضوع، أما بالنسبة للأثر المترتب على ثبوت الاستغلال هو نشوء حق الطرف المضرور في إبطال التصرف وللقاضي السلطة إما في الحكم بالإبطال أو الحكم بجعل الالتزامات متكافئة من خلال رفع هذا الغبن[95].

وإذا كان الاستغلال عيبا عاما في الإرادة بالنسبة للعقود دون تحديد فإن القانون المدني قد نص على حكم الغبن المجرد في حالات خاصة وهو ما قصده من خلال أحكام المادة 90 أعلاه، ومن بين هذه الحالات الاعتداد بالغبن المجرد في حالة بيع العقار بغبن فاحش يزيد عن الخمس وللبائع طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل[96]، وكذا الغبن في القسمة الرضائية إذا تضمن غبنا بأحد الشركاء الذي يكون له حق طلب نقض القسمة خلال سنة من تاريخها[97]، وبالتالي فالغبن لا يؤثر في عقود التجارة الالكترونية إلا إذا نص المشرع على حالة خاصة بذلك لأن الغبن عيب استثنائي في العقود ولا يترتب عليه اثر إلا فيم خصها المشرع بذلك وبالشروط المقررة في شأنها[98].

ما كان محل العقد هو العلمية القانونية التي يرتضيها الأطراف أي انه الأساسي الذي يقوم عليه رضا الأطراف وبالتالي يكون ركنا لقيام هذا العقد (**أولا**)، وكذلك الشأن يجب أن يكون لهذا العقد سبب مستوفي لشروطه القانونية لأنه يعتبر ركنا يترتب عن غيابه عدم نشوء العقد (**ثانيا**).

أولا: المحل في عقد التجارة الالكترونية.

نتطرق من خلال هذا العنصر إلى المحل الوارد على الأشياء وكذا المحل الوارد على المنتوجات ثم تحديد الشروط الواجب توفرها في المحل كركن في العقد.

1. المحل الوارد على الأشياء والأموال.

---

[95] محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق. ص. 202.

[96] المواد (359,358) من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[97] المادة 732 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

[98] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 104.

الأشياء هي كل ما تدركه الحواس الخمس ويقصد بها الشيء المادي متى كان قابلا للتعامل به والتصرف فيه ليصبح محل حق مالي، وهو ما يتجلى من نص المادة 682 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية"[99].

والشيء المادي يمكن تقسيمه إلى منقولات وعقارات تخضع كل فئة منها إلى أحكام خاصة بها، بالنسبة للعقار فهو كل شيء راسخ وثابت في مكانه ويقسم إلى عقار بطبيعته وعقار بالتخصيص وهو ما عبر عنه المشرع بنص المادة 683 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار...غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص"[100].

أما المنقول فهو كل شيء غير ثابت في مكانه والذي يقسم أيضا إلى منقول بطبيعته ومنقول بحسب المآل وهو ما عبر عنه المشرع بمفهوم المخالفة بالنسبة للتعريف الذي قدمه للعقار من خلال عبارة "كل ما عدا ذلك فهو منقول"، أي كل ما لا تشمله الأحكام المنظمة للعقار سواء بطبيعته أو بالتخصيص فهو منقول، والمنقول بحسب المآل هو العقار الذي آل إلى منقول عند فصله على العقار الثابت كما هو الشأن بالنسبة للمباني التي تؤول إلى منقول بعد هدمها[101].

وهنا تجب الإشارة إلى نص المادة 140مكرر من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر لمتعلقة بتعريف المنتوج بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-10 السابق الذكر بنصها: "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية[102].

أما بالنسبة للأموال كمحل في العقد فيقصد بها الحقوق التي يمكن تقويمها بالنقود وهي ما تعرف بالحقوق المالية، وتشمل كل من فئة الحقوق العينية وهي سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص على شيء محدد من خلال سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف سواء تعلق الأمر بحق عيني أصلي أو حق عيني تبعي، وفئة الحقوق الشخصية أو ما يعبر عنها بحقوق الدائنية والمتمثلة في سلطة شخص بصفة دائن تجاه شخص آخر بصفة مدين

---

[99] المادة 682 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[100] المادة 683 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[101] يمينة حوحو، المرج السابق، ص. 121.

[102] المادة 140مكرر من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

تتجلى في صورة إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، وأخيرا فئة الحقوق الذهنية التي تشمل حقوق الملكية الأدبية والفنية أو ما تعرف بحق المؤلف والحقوق المجاورة وكذا حقوق الملكية الناعية والتجارية[103].

2. المحل الوارد على المنتوجات.

المنتج بمفهومه الضيق هو كل شيء مادي أو له خصائص مادية يتم بيعه للمشتري في السوق، لكن مفهومه الواسع يشمل كل شيء مادي ملموس أو غير ملموس يتلقاه الفرد من خلال عمليات التبادل تتضمن فوائد أو منافع وظيفية أو اجتماعية ونفسية، وبذلك فهو يشمل السلعة والخدمة على حد سواء[104].

وهو موقف المشرع الجزائري حيث ينصب محل عقد التجارة الالكترونية إما على السلع وإما على الخدمات وفقا للقانون رقم 18-05 السابق الذكر الذي يتجلى من خلال مختلف التعاريف التي جاء بها لاسيما تعريفه للتجارة الالكترونية التي تقوم على توفير السلع والخدمات[105]، وهنا تجب الإشارة إلى أن هذا المفهوم للمحل تكرس بداية وفقا لقواعد حماية المستهلك والتي أصبحت تشمل السلعة والخدمة[106]، وبالتالي نكون بصدد نوعين من التجارة وفقا للمحل التي ترد عليه استنادا إلى هذه الأحكام تتمثل في تجارة السلع والخدمات[107].

بالنسبة للسلعة فقد عرف القانون رقم 09-03 السابق الذكر السلعة بنص المادة 18/03 بأنها: "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا"المادة[108]، وبالتالي فالسلعة وفقا لهذا القانون هي أشياء منقولة ولا تأخذ هذا الوصف إلا إذا كانت مادية ملموسة وتبعا لذلك لا تعد الأشياء غير المادية سلعا في مفهوم هذا القانون كالابتكارات والمعلومات والعقارات[109].

وتجارة السلع هي تجارة البضائع التي تشمل المنقولات المادية والمنقولات غير المادية، وتتنوع أصناف البضائع محل عقد التجارة الالكترونية لتشمل السلع الاستهلاكية كالمنتجات الغذائية أو الملابس وتشمل كذلك السلع المتعلقة بالصحة وأخرى ذات طابع ثقافي[110].

---

[103] يمينة حوحو، المرج السابق، ص. 123,122.

[104] خالد ممدوح إبراهيم، لوجيستيات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص. 335.

[105] المادة 2/06 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[106] يمينة حوحو، المرج السابق، ص. 124.

[107] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 108.

[108] المادة 18/03 من القانون رقم 09-03، المرجع السابق.

[109] يمينة حوحو، الجع السابق، ص. 124.

[110] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 109.

أما بالنسبة للخدمة فقد تناولها أيضا القانون رقم 09-03 السابق الذكر بنص المادة 17/03 بأنها: "كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"[111]، فتكون الخدمة تبعا لهذا النص عبارة عن عمل أو مجهود يقدمه المحترف للمستهلك أي أنها أشياء غير ملموسة، وقد تكون خدمات مرتبطة بالسلعة في حد ذاتها كما هو الشأن بالنسبة لخدمات ما بعد البيع كأعمال التجهيز والصيانة والإصلاح كما قد تكون أعمال منفصلة عن أي سلعة بحيث تعبر عن منتوج مستقل بذاته كما هو الشأن بالنسبة للخدمات المصرفية والمالية والأعمال التأمين والنقل والاتصالات وغيرها مما يماثلها، كما يلاحظ كذلك بأن المشرع استثنى التسليم من اعتباره خدمة والمبرر في ذلك هو كون أعمال التسليم تخضع لقواعد خاصة بها مصدره عقد مستقل سواء كان ذلك مرتبطا بالخدمة المقدمة أم مستقل عنها[112].

وتتعدد مجالات الخدمات لتشمل الخدمات المصرفية، الخدمات المالية التي تشمل الأعمال المصرفية والتأمين والاستثمار، الخدمات الاستشارية التي تشمل الاستشارات القانونية والطبية والهندسية والتعليمية، خدمات الاتصالات والتي تشمل خدمات الوصول إلى الشبكة الدولية عن طريق موردي هذه الخدمة وعقود خدمة الخط الساخن وعقود إنشاء المتجر الافتراضي وعقود الإيواء، خدمات وكلاء السياحة وتشمل حجز تذاكر السفر وتأكيد الحجز وحجز الفنادق وحجز المطاعم[113]، لكن في المجمل يمكن تصنيفها من حيث الاستخدام إلى فئتين أساسيتين هما فئة المنتجات الموجهة للاستهلاك النهائي وهي تلك التي يحصل عليها المستهلك بهدف الاستخدام الشخصي أو العائلي، وفئة منتجات الأعمال التي يتم الحصول عليها من قبل منشآت الأعمال لاستخدامها كمادة لاستعمال منتجات أخرى أو لإعادة بيعها[114].

3-شروط المحل في عقد التجارة الالكترونية.

عقد التجارة الالكترونية هو مصدر للالتزامات المترتبة على كل من المورد الالكتروني والمستهلك الالكتروني في هذه التجارة، وبالتالي يكون محل هذا العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، أما محل الالتزام الناشئ فهو ما يتعهد به المدين في مواجهة الدائن، وتبعا لذلك يكون محل العقد هو محل الالتزام الذي يشنؤه والذي يكون إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء، لكن هذا المحل يجب أن يستوفي مجموعة من

---

[111] المادة 17/03 من القانون رقم 09-03، المرجع السابق.

[112] يمينة حوحو، المرجع السابق، ص. 125.

[113] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 110.

[114] خالد ممدوح إبراهيم، لوجيستيات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص. 337.

الشروط القانونية لكي يكون صالحا لترتيب أثره القانوني لانعقاد العقد ونفاذه، وهي أن يكون ممكنا غير مستحيل وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب[115].

أ. شرط الإمكان والوجود.

شرط الإمكان يقابله شرط الوجود ويختلف الأمر بحسب محل الالتزام فإذا كان محل التزام المدين في العقد هو القيام بعمل أي إنشاء حق عيني أو نقله فهنا يجب أن يتحقق شرط الوجود في حين إذا كان محل التزام المدين هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فيجب أن يتحقق عندئذ شرط الإمكان[116].

يقصد بشرط الوجود أن يكون الشيء موجودا وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك إذا تم الاتفاق على ذلك، لأنه إذا كان الشيء غير موجود وقت نشوء الالتزام وكان قابلا للوجود في المستقبل لكن الطرفان لم تتجه إرادتها إلى التعاقد رغم ذلك فلا يقم العقد عندئذ ويكون شأنه في ذلك شأن التعاقد حول شيء وجد ثم هلك قبل نشوء الالتزام، أما إذا هلك الشيء بعد نشوء الالتزام فهنا يكون العقد قد نشأ على محل موجود لكن العقد المتعلق به يكون غير قابل للتنفيذ ويفسخ بقوة القانون مع أو بدون تعويض حسب سبب هلاك المحل[117].

وفي المقابل قد يتم التعاقد بشأن شيء مستقبل في حدود ضوابط معينة خاصة اتجاه إرادة الأطراف إلى هذه التعاقد حول محل قابل للوجود في المستقبل، وهو ما كرسه المشرع بنص المادة 92 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"[118].

ويتبن من نص هذه المادة بأن المشرع وضع قاعدة عامة تجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا على شرط أن يكون محققا وان كانت هذه العبارة الأخيرة تتناقض ومفهوم الشيء المستقبلي على أساس أن المستقبل أمر مجهول لا يمكن التنبؤ به أو الجزم بشأنه، لكن نعتقد أن المشرع ربما يقصد من وراء استعماله لعبارة "محقق" أن يكون في حدوث الشيء نسبة من الاحتمال ترجح وجوده بنسبة كبيرة بحيث يمكن معها التعويل على التعاقد بشأنه رغم عدم وجود ضمانات لذلك، أما بالنسبة للاستثناء الذي جاء به رغم القاعدة العامة هي عدم جواز التعامل في التركة كمال مستقبلي نظرا لما يترتب على ذلك من مساس بحقوق الورثة، ومع ذلك أجاز المشرع إمكانية التعامل في أموال التركة رغم منع ذلك كقاعدة عامة وذلك في حالة أجاز القانون ذلك ويقصد بذلك الوصية باعتبارها

---

[115] محمد صبري السعدي، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 205,204.

[116] عبد الرزاق احمد السنهوري، المجلد الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 383.

[117] عبد الرزاق احمد السنهوري، المجلد الأول، مصادر الالتزام، المرجع نفسه، ص. 376.

[118] المادة 92 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وان كانت يجب أن تخضع للشروط الواردة في القانون الذي يحكمها[119].

أما بالنسبة لشرط الإمكان فيقصد به أن لا يكون محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة لأنها إذا تعلق الأمر باستحالة نسبية ترتبط بالشخص المدين فقط فهنا يقوم الالتزام رغم ذلك ويقوم على محل صحيح، ما لم تكن شخصية المدين محل اعتبار في هذا المحل، والعبرة بشرط الإمكان وقت نشوء الالتزام، والاستحالة التي تجعل من المحل غير صحيح قد تكون استحالة مادية أي ترجع إلى طبيعة الالتزام كما قد تكون استحالة قانونية ترجع إلى نص القانون، وبالتالي إذا قامت الاستحالة قبل انعقاد العقد وقع باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن المحل، أما ولو قامت هذه الاستحالة بعد انعقاد العقد فإنه يفسخ رغم انعقاده صحيحا لاستحالة التنفيذ مع وبدون التعويض بحسب المتسبب في الاستحالة، وهو ما عبر عنه المشرع بنص المادة 93 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته ... كان باطلا بطلانا مطلقا"[120].

أما بالنسبة لشرط الإمكان والوجود بالنسبة لعقد التجارة الالكترونية فالأمر لا يختلف عنه من القواعد العامة، حيث يجب أن يكون محل العقد ممكنا غير مستحيل فلا يمكن مثلا الاتفاق على نقل شخص من بلد إلى آخر عبر شبكة الانترنت لأن هذا المحل مستحيل استحالة مطلقة، وان موجودا فعلا وقت التعاقد كما هو الشأن بالنسبة للتعاقد للحصول على برامج حاسوب كالوندوز اكس بي حيث يتواجد هذا البرنامج لدى شركة مايكروسوفت مسبقا ويتم بيعه عبر شبكة الانترنت، ويمكن أن يكون هذا المحل قابلا للجود في المستقبل بالنسبة لهذه العقد متى انصب الاتفاق على توفير إمكانية استخدام شبكة الانترنت للمستفيد.

أما بالنسبة لموقف المشرع من خلال قانون التجارة الالكترونية فقد عبر عنه من خلال البيانات الواجبة توفرها في عقد البيع والمعبرة عن المحل فضلا عن مسألة استثنائه لمجموعة من المجالات من التجارة الالكترونية ومن شأن ممارستها عبر الاتصالات الالكترونية اعتبار المحل مستحيلا بنص القانون وبالتالي لا يقوم العقد في هذه الحالة[121]، هذا بالإضافة إلى مسألة غاية في الأهمية أشار إليها المشرع تتمثل في ارتباط دفع الثمن بتوفر المنتوج فعلا في المخزون وهو ما يعد ضمانة للمستهلك الالكتروني في الحصول على المنتوج فعلا وبالتالي وسيلة للتأكد من شرط وجود المنتوج مسبقا[122].

ب. شرط التعيين أو القابلية للتعيين.

---

[119] تناول المشرع شروط الوصية في المواد (185_189) من القانون رقم 84-11، المرجع السابق.

[120] المادة 93 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[121] المادة 03 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[122] المادة 15 من القانون رقم 18-05، المرجع نفسه.

يختلف تعيين محل الالتزام المترتب عن العقد بحسب الصورة التي يتخذها هذا الالتزام إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء والقاعدة أن يتم تعيين العقد وقت التعاقد، لكن قد يحدث أن يتم الاتفاق على أسس يتم بناء عليها تعيين هذا المحل في المستقبل، تبعا لذلك يقتضي شرط التعيين إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء بالتمييز بين ما إذا كان هذا الشيء معينا بالذات وهي ما تعرف بالأشياء القيمية أي تلك التي يتفاوت بعضها على بعض في القيمة ولا يحل بعضها محل بعض في الوفاء، والتي يتم تعيينها بتحديد جميع مواصفاتها الذاتية التي ترتبط بها وتميزها عن غيرها، أو تعلق الأمر بشيء بالنوع وهي ما تعرف بالأشياء المثلية أي تلك التي تماثل بعضها البعض في القيمة ويقوم بعضها محل بعض في الوفاء والتي يتم تعيينها بتحديد نوعها ومقدارها ودرجة جودتها[123].

وهو ما كرسه المشرع بالمادة 94 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا، ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يتمكن تبين ذلك من العرف أو من ظرف آخر التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط" [124]، ويتبين من نص المادة بأن تخلف معايير تعيين الأشياء المثلية من نوع وجنس ومقدار يؤثر على شرط التعيين ويجعله غير قائم أصلا، في حين لا يرتب بطلان الشرط عند عدم تعيين جودتها لأنه في هذه الحالة يتعين بالرجوع إلى العرف وظروف التعاقد وفي حالة تعذر ذلك يلجأ المدين إلى الصنف المتوسط لكن في كل الحالات لا يؤثر عدم تعيين جودة الشيء في عدم تحقق شرط التعيين وبالتالي ركن المحل.

هذا وتجب الإشارة إلى مسألة ما إذا كان محل الالتزام عبارة عن نقود والتي يتم تعيينها بنوعها ومقدارها لكن دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير وهو ما عبر عنه المشرع بنص المادة 95 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير"[125].

أما بالنسبة لشرط التعيين بالنسبة لعقد التجارة الالكترونية فيتحقق بتعيين مواصفات المنتوج بحيث يعلم المستهلك الالكتروني علما نافيا للجهالة بالشيء الذي يتحصل عليه ويعتبر العلم نافيا للجهالة متى تضمن على بيانات السلع و/أو الخدمة و أوصافها الأساسية، وهو موقف المشرع الذي يتضح بنص المادة 2/13 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر: " يجب أن يتضمن العقد الالكتروني على الخصوص على المعلومات الآتية: الخصائص

---

[123] عبد الرزاق احمد السنهوري، المجلد الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 388,387.

[124] المادة 94 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[125] المادة 95 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

التفصيلية للسلع أو الخدمات..."[126]، بالإضافة إلى موقفه بالنسبة للمرحلة الثانية التي تمر عبرها الطلبية وهو ما عبر عنه بنص المادة 3/12 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر: "...التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الالكتروني لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة والسعر الإجمالي والوحدوي والكميات المطلوبة..."[127].

ت. شرط المشروعية وعدم المخالفة للنظام العام.

وفقا للقواعد العامة يجب أن يكون محل العقد مشروعا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب[128] فإذا كان كذلك وقع العقد باطلا بطلانا مطلقا[129]، وهو ما عبر عنه المشرع بنص المادة 93 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة...كان باطلا بطلانا مطلقا"[130].

وهذا الشرط ينطبق كذلك بالنسبة لعقد التجارة الالكترونية والأصل انه يجوز التعامل في كافة السلع والخدمات وفقا لمبدأ حرية التجارة ما لم يحظر القانون ذلك، ولكن مفهوم النظام العام والآداب في مجال التجارة الالكترونية قد يختلف عنه بالنسبة لمفهومه في التجارة التقليدية، وهو موقف المشرع الذي يتجلى بنص المادتين 03 و05 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر والتي تتناول فئة المعاملات المحظورة من مجال التجارة الالكترونية والملاحظ بالنسبة لها جميعا هو اشتراكها في كونها مخالفة للنظام العام وماسة بمصالح الدفاع الوطني والأمن العمومي أو أن التعامل فيها غير مشروع وهو ما يبرر الحظر التشريعي لها[131].

ثانيا: السبب في عقد التجارة الالكترونية.

سبب الالتزام هو الغرض من تعاقد كل طرف أي الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه، وهنا يجب التمييز بين السبب بالمفهوم التقليدي وهو الذي يقصد به مصدر التصرف القانوني وهو ما يعرف بالسبب المنشئ وبين السبب الذي يقصد به الغرض أو الغاية التي يرمي إليها الملتزم من وراء التزامه وهو المقصود من هذا العنصر

---

[126] المادة 2/13 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[127] المادة 3/12 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

[128] القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد وبالتالي يجب على جميع الأفراد مراعاتها وتحقيقها ولا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها؛ أنظر: عبد الرزاق احمد السنهوري، المجلد الأول، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 399.

[129] فادي محمد عماد اليدين توكل، المرجع السابق، ص. 111.

[130] المادة 93 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[131] المادتين 05,03 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.

كركن في انعقاد العقد وهو ما يعرف بالسبب القصدي[132]، والمشرع الجزائري تناول السبب بالمادتين 97 و98 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر.

تنص المادة 97 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا"[133]، وتنص المادة 98 من الأمر رقم 75-58 السابق الذكر: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"[134].

يتبين من نصي المادتين أعلاه بأن المشرع من خلال نص المادة 97 أعلاه قد حدد شروط السبب في أن لا يكون غير مشروع وغير مخالف للنظام العام أو الآداب تحت طائلة البطلان، أي أن هذين الشرطين ركنين لقيام سبب الالتزام وكذلك الشأن بالنسبة للعقد كمصدر لهذا الالتزام، هذا بالإضافة نص المادة 98 أعلاه التي تنص فيها على انه يفترض وجود السبب المشروع في الالتزام واكتفى بهذا المعيار فقط في حين انه اغفل مسألة مخالفة النظام العام والآداب كما وردت في نص المادة 97 أعلاه، وهذا يبرر إما انه أغفلها سهوا أو انه يقصد بأن المشروعية تقتضي احترام النظام العام والآداب وبالتالي هنا يعاب على المشرع استعماله لكلمة "أو" أي انه كان يجب عليه لتوحيد المعنى حذف هذه الكلمة، وفي كل الحالات يعتبر هذا الافتراض صحيحا ما لم يثبت العكس بشأنه ممن يدعي ذلك، لكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد حيث حتى إذا اثبت من يدعي صورية السبب فإنه يكون مجبرا إلى إثبات آخر يتعلق بالسبب المشروع الذي يدعيه بدل الصوري أي أن المدين ملزم بإثبات مزدوج في نفس الوقت.

أما بالنسبة للسبب في عقد التجارة الالكترونية فهو لا يختلف من السبب في العقد التجاري التقليدي، أين يكون السبب احد أركان هذا العقد وان تخلفه يؤدي إلى عدم قيامه في الأصل، كذلك يشترط فيه نفس الشروط من حيث أن يكون موجودا وصحيحا أي أن لا يكون صوريا أو وهميا، كذلك أن يكون السبب مشروعا غير مخالف للنظام العام و الآداب أي أن يكون مراعيا لكل الشروط والضوابط القانونية للسبب، وان كان عقد التجارة الالكترونية يتسم بالخصوصية لاسيما من حيث القانون الواجب التطبيق وبالتالي تدخل قواعد القانون الخاص، والقاعدة في هذا الصدد هو قانون الإرادة وإلا يتم اللجوء إلى قواعد الإسناد الموضوعية وبالتالي قانون إبرام العقد

---

[132] محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص. 217.

[133] المادة 97 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

[134] المادة 98 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

أو قانون محل التنفيذ[135]، وهو موقف المشرع الذي يتجلى بالمادة 5/02 من القانون رقم 18-05 السابق الذكر: "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا...كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر"[136].

[135] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 113.

[136] المادة 5/02 من القانون رقم 18-05، المرجع السابق.